

## PRÉJUDICES ET INDEMNISATION EN DROIT SOCIAL

Les préjudices liés à la perte d'emploi

# Réparer la perte d'emploi À propos des indemnités de licenciement

par Cyril WOLMARK,

Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre la Défense

### PLAN

#### I. La compensation de la perte d'emploi justifiée

- A. La nature salariale de l'indemnité de licenciement
- B. La nature indemnitare de l'indemnité de licenciement
- C. La sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle implicite

#### II. Sanction d'une perte d'emploi injustifiée

- A. L'encadrement de la réparation
- B. La peine privée

Les dommages consécutifs à la perte d'emploi font l'objet d'une attention juridique particulière. On trouve dans le droit du travail des mécanismes de compensation de la perte de revenus, mécanismes mis en œuvre par Pôle Emploi. On trouve également des règles relatives à l'anéantissement de la perte d'emploi : ce sont les règles imposant la réintégration. On peut enfin trouver différentes dispositions qui visent à réparer la perte d'emploi par l'allocation d'une indemnité. Seules ces dispositions nous retiendront ici (1). Même ainsi circonscrit, le thème de la réparation de la perte d'emploi recouvre une large palette de dispositions et de stipulations liées à la perte d'emploi : indemnités de licenciement, de précarité, légale, conventionnelle, contractuelle, clauses de garantie d'emploi, indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, indemnités consécutives à la nullité...

Pareille diversité, et conséquemment pareille différenciation, entre les salariés a bien évidemment suscité des tentatives de remises en cause, sur le fondement de l'égalité de traitement. Mais le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation n'ont jamais accueilli les argumentations en ce sens (2). La privation d'indemnité de précarité prévue pour certains contrats à durée déterminée n'a pas été considérée comme contraire au principe d'égalité (3). De même, les distinctions en fonction de l'ancienneté ou de la situation de l'entreprise ont pour l'heure passé avec succès les tests de conventionnalité et de constitutionnalité fondés sur la violation des exigences de l'égalité (4).

La palette des indemnités de licenciement – que les juridictions supérieures n'ont pas réduite – mérite un examen attentif pour trois raisons, qui renvoient à autant d'enjeux. Le premier enjeu est un enjeu de connaissances : la réparation de la perte d'emploi n'a plus fait l'objet d'une étude d'ampleur depuis l'article de Marianne Keller, publié il y a près de 20 ans, dans cette revue (5). Aussi faut-il saluer les organisateurs de ce

colloque d'avoir remis au goût du jour le thème de la réparation de la perte d'emploi. Le deuxième enjeu revêt une dimension plus technique. En effet, la question de l'objet de la réparation a pris dernièrement un relief particulier dans le cadre de l'articulation de la compétence prud'homale, dont relève la réparation de la perte d'emploi, et de la compétence des juridictions de Sécurité sociale, chargées de fixer le montant des indem-

(1) Ne seront traités ni les dommages-intérêts pour rupture vexatoire, qui constituent la réparation d'un « préjudice distinct de celui résultant de la perte d'emploi » (Cass. Soc. 25 févr. 2003, Bull. Civ. V, n° 66), ni les indemnités versées à l'occasion de la perte d'emploi, telle l'indemnisation du harcèlement moral.

(2) V. pour des décisions, audacieuses, de juges du fond : CPH Puy en Velay, 16 mai 2001, Dr. Ouvr. 2005. 126, n. M. Bonnechère ; CPH Arles, 29 nov. 2004, Dr. Ouvr. 2006. 96, n. A. de S.

(3) Cons. Const., 13 juin 2014, n° 2014-402 QPC (CDD d'usage, CDD saisonniers, contrats aidés) et Cons. Const. 13 juin 2014, n° 2014-401 QPC (CDD « vacances », pour les jeunes), Dr. Ouvr. 2014. 686 n. P.-Y. Gahdoun, *ibid.* 831, n. R. Marié.

(4) Cons. Const., 13 avril 2012, n° 2012-232 QPC, Dr. Ouvr. 2012. 674 n. P.-Y. Gahdoun (distinction en fonction de l'ancienneté, article L. 1235-14 du Code du travail) ; Cass. Soc. 10 oct. 2014, n° 14-40.037 (distinction entre les salariés en fonction de l'ancienneté, refus de transmission de la QPC relative à l'article L. 1235-5 du Code du travail) ; Cons. Const. 28 mars 2013, n° 2013-299 QPC, Dr. Ouvr. 2013. 685 n. P.-Y. Gahdoun (exclusion de nullité en cas d'absence ou d'annulation de la décision administrative pour les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire, prévue par l'art. L. 1235-10 du Code du travail).

(5) M. Keller, « La réparation du préjudice né de la perte d'emploi », Dr. Ouvr. 1996. 264. Il faut aussi noter le travail de J. Mouly, dont les différents commentaires et articles dessinent un tableau complet de la question.

nités liées à la réparation de la survenue d'un risque professionnel (6). Le troisième enjeu, tout autant d'actualité que le précédent, tient au foisonnement des initiatives législatives visant à encadrer la décision judiciaire d'indemnisation du licenciement injustifié.

Pour tenter de répondre à ces différents enjeux, il convient de donner un sens à la multiplication des indemnités et à organiser leur apparent désordre. Pour ce faire, il n'est pas inutile de partir d'un étonnement (7). Parmi les indemnités dont le versement est lié à la perte d'emploi, certaines sont déconnectées de toute responsabilité. Effectivement, certaines sommes sont perçues par le salarié indépendamment de la faute de son

employeur. Cette observation n'est guère surprenante, car le droit connaît de longue date des responsabilités dites objectives, autrement dit sans faute. Mais l'étonnement naît dès lors que l'on constate que ces mêmes indemnités peuvent être versées indépendamment de la démonstration d'un préjudice. Ces indemnités, déconnectées de la faute et de la démonstration de l'étendue du préjudice, viennent compenser la perte d'emploi justifiée (I). À côté de ce premier type d'indemnités, on trouve plus classiquement des sommes qui sont versées consécutivement à la faute de l'employeur dans la décision de rompre le contrat de travail. Ici, de véritables dommages-intérêts viennent sanctionner la perte d'emploi injustifiée (II).

## I. La compensation de la perte d'emploi justifiée

Au cœur des indemnités versées indépendamment de la faute de l'employeur dans la rupture du contrat de travail se trouve l'indemnité de licenciement, dont la particularité a déjà été notée. Ainsi faut-il tenter de résoudre l'énigme d'un versement sans faute et sans dommage mesuré. Deux types d'explications ont été avancés : l'indemnité serait un salaire (A) ; l'indemnité de licenciement aurait une nature réparatrice (B). Si la seconde correspond davantage que la première au droit positif, une troisième explication mérite d'être explorée : l'indemnité de licenciement serait la sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle implicite (C).

### A. La nature salariale de l'indemnité de licenciement

L'indemnité de licenciement est une indemnité liée à l'ancienneté et proportionnelle au salaire (C. trav., art. L. 1234-9). Versée après un an de service, l'indemnité est égale à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté pour les 10 premières années, puis à un tiers pour les années suivantes (C. trav., art. R. 1234-2). La proportionnalité stricte entre les salaires versés et le montant de l'indemnité ont conduit Gérard Lyon-Caen à analyser cette indemnité comme un salaire différé (8). De surcroît, il s'agissait

peut-être pour l'auteur de donner corps juridiquement à l'analyse marxiste mettant en avant la distinction entre le salaire versé et le profit retiré par l'employeur. Dans cette perspective, l'indemnité de licenciement viendrait compenser, partiellement, la plus-value retirée par l'employeur de la force de travail (9).

Par ailleurs, la nature salariale de l'indemnité de licenciement trouve également une traduction dans la règle excluant les sommes qui n'ont pas le caractère de salaire de l'assiette du montant de l'indemnité. Tel est le cas pour les sommes représentatives d'un remboursement de frais (10) ou les versements issus de la participation aux résultats (11). Assise sur les salaires, l'indemnité en aurait la nature. Enfin, la similitude entre l'indemnité de mise à la retraite et l'indemnité de licenciement suggère également qu'il s'agit d'un salaire différé, et non d'une créance liée à un préjudice subi.

L'analyse de l'indemnité de licenciement en termes de salaire a néanmoins été abandonnée. En effet, cette analyse est désormais clairement condamnée par la Cour de cassation (12).

Le régime de l'indemnité de licenciement est très éloigné aujourd'hui de celui du salaire. L'indemnité légale n'est ni imposable (13), ni soumise à cotisa-

(6) Sur ce point, v. la contribution de M. Keim-Bagot dans le présent numéro.

(7) V. également G. Lyon-Caen, *Le salaire*, in *Traité de Droit du travail*, dir. G.-H. Camerlynck, Dalloz 1981, 2<sup>ème</sup> édition, n° 222.

(8) G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Dalloz, 1955, n° 276.

(9) Non loin de cette position, J. Icard consacre l'idée correspondant à la théorie marxiste d'une indemnité de licenciement venant compenser la richesse accaparée par l'employeur et dont le salarié est dépossédé. L'analyse, fort intéressante, peine

toutefois, comme le reconnaît l'auteur, à s'ancrer dans le droit positif (« Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », JCP S 2014, n° 45, act. 393).

(10) Cass. Soc. 31 janv. 2006, n° 04-44.771.

(11) Cass. Soc. 8 juill. 1991 Bull. civ. V, n° 678.

(12) Cass. Soc. 22 mai 1986, Bull. civ. V, n° 245. V. antérieurement, admettant l'application de la prescription du salaire, Cass. Soc. 19 juillet 1945, Gaz. Pal. 1945 II 126.

(13) CGI, art. 80 duodecies.

tions (14). La prescription applicable aux salaires ne joue pas en matière d'indemnité de licenciement. Ajoutons, enfin, que l'indemnité de licenciement ne bénéficie pas du super-privilège des salaires (15).

L'indemnité de licenciement ne saurait donc être comprise comme un salaire différé. Il convient ainsi de présenter une seconde analyse proposée par la doctrine majoritaire (16) : l'indemnité de licenciement constituerait une modalité de compensation du préjudice subi et aurait ainsi une nature indemnitaire.

## B. La nature indemnitaire de l'indemnité de licenciement

Dans cette analyse, l'indemnité de licenciement est assimilée à une créance de dommages et intérêts (17). Milite d'abord en ce sens l'absence de prélèvements sociaux et fiscaux sur l'indemnité. La privation de l'indemnité de licenciement en cas de faute grave et de faute lourde creuse le même sillon d'analyse : la faute de la victime est privative de son droit à réparation. L'indemnité serait ainsi une créance liée au préjudice subi. Comme l'indique la Cour de cassation, dans un arrêt souvent cité, l'indemnité de licenciement a pour objet de « compenser le préjudice né de la rupture du contrat » (18).

La nature exacte du préjudice subi doit toutefois être précisée, car l'indemnité se cumule avec d'autres indemnités nées de la rupture du contrat, et un même préjudice ne saurait être réparé deux fois. Selon la doctrine (19), l'indemnité serait liée au risque de l'emploi, et donc au risque que le salarié ne retrouve pas de travail. Cette conception a trouvé un écho dans un arrêt de la Cour de cassation relatif à une indemnité conventionnelle de licenciement (20). Dans cette affaire était en cause l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par l'article 5 de l'annexe I de la convention collective nationale des réseaux de transports publics urbains de voyageurs. Le versement, même en cas de faute grave, de cette indemnité est réservé aux cadres et ingénieurs. Un conducteur, licencié pour faute grave, demande néanmoins le bénéfice de la prime. La Cour d'appel, approuvée par

la Cour de cassation, la lui applique, car « il n'était pas établi [...] que la perte de l'emploi consécutive à une telle faute exposerait davantage [les cadres] que les autres salariés à une difficulté pour retrouver du travail ». Cette conception permet de comprendre pourquoi les indemnités de licenciement se cumulent avec les sommes versées en exécution de clauses de garanties d'emploi (21). En effet, le préjudice né de la violation de la promesse contractuelle de maintien du contrat et le dommage découlant du risque de ne pas retrouver un emploi couvrent bien des hypothèses différentes.

Néanmoins l'analyse en terme de risque d'emploi n'est pas totalement satisfaisante. Elle ne permet pas d'expliquer que l'indemnité de licenciement puisse se cumuler avec l'indemnité versée en cas de licenciement nul ou injustifié, cette dernière venant également compenser la perte de gains consécutive à la perte d'emploi. De plus, la justification tenant au risque de ne pas retrouver un emploi ne se conforme pas bien à l'idée d'une indemnité qui croît avec l'ancienneté. Aussi peut-on proposer une autre compréhension de l'indemnité de licenciement.

## C. La sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle implicite.

L'indemnité de licenciement peut être envisagée comme la sanction du non-respect de la promesse de stabilité que charrie le CDI (22). Cette conception donnerait corps à l'idée couramment répandue, mais dont les traductions juridiques sont rares, que le contrat à durée indéterminée est un contrat stable (23). Elle oblige à se déprendre de l'idée que l'employeur aurait un « droit », au sens de liberté, de résiliation unilatérale. Aujourd'hui, il semble bien que cette liberté n'existe pas, tant le licenciement est un acte qui exige une cause et – ainsi qu'il est étudié ici – une contrepartie (24).

Analyser l'indemnité de licenciement comme la sanction de la violation de la stipulation implicite de stabilité du CDI présente des vertus heuristiques. Cette qualification est en adéquation avec l'aug-

(14) CSS, art. L. 242-1, dernier alinéa. Seules les indemnités conventionnelles, contractuelles ou dérivant d'un PSE, dont le montant est supérieur à deux fois le plafond de la Sécurité sociale, sont soumises à cotisations.

(15) C. trav., art. L. 3253-2.

(16) Une troisième interprétation a été proposée par J. Savatier, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », Dr. Soc. 1989. 41, qui voit dans l'indemnité la récompense de la fidélité du salarié. Cette analyse s'appuie toutefois sur la nature indemnitaire de l'indemnité de licenciement.

(17) M. Keller, art. préc. Voir déjà G.-H. Camerlynck, « L'indemnité de licenciement », JCP G 1957, I, 1391 ; G. Lyon-Caen, *Le salaire*, in *Traité de Droit du travail*, dir. G.-H. Camerlynck, Dalloz 1981, 2<sup>ème</sup> édition, n° 220.

(18) Cass. Soc. 4 mai 1988, Dr. Soc. 1988. 132.

(19) M. Keller, art. préc.

(20) Cass. Soc. 11 juin 2014, n°12-29.660.

(21) Cass. Soc. 4 mars 2008 n°06-45.221, JCP 2008, II, 10095, n. J. Mouly ; RDT 2008. 304, G. Auzero (« *l'engagement contractuel de garantie d'emploi répare un préjudice distinct de celui couvert par l'indemnité légale de licenciement* »).

(22) Rapp. A. Mazeaud, « Les indemnités de rupture du contrat de travail en régime de communauté entre époux », D. 1986, chron. 235. *Contra* J. Icard, préc.

(23) Rapp. C. Atias, « Les promesses implicites de stabilité (crédit, emploi) », D. 1995.125, spéc. n° 19.

(24) Dans le même sens. X. Lagarde, « Aspects civilistes de la relation de travail », RTD Civ. 2002. 435, spéc. n° 17. V. déjà G.-H. Camerlynck, « Du droit civiliste de résiliation unilatérale à notion statutaire de licenciement », JCP 1958, I, 1425.

mentation parallèle du montant de l'indemnité et de la durée d'emploi. La promesse de stabilité du lien d'emploi croît en effet avec le temps. L'analyse envisageant l'indemnité comme la violation d'une obligation contractuelle s'adapte de surcroît sans difficultés aux différentes solutions légales et jurisprudentielles. Notamment, elle respecte la nature de dommages et intérêts qui est attribuée, sur les plans social et fiscal, à l'indemnité de licenciement. Pareille analyse justifie également que l'indemnité de licenciement se cumule avec l'indemnité versée en cas de licenciement injustifié, car les deux indemnités ont des objets clairement distincts : la violation d'un engagement contractuel d'un côté, la réparation du préjudice né de la perte d'emploi de l'autre.

De surcroît, une telle analyse dissipe les difficultés liées à l'indemnité contractuelle de licenciement (25). Cette indemnité est traitée par la Cour de cassation comme une clause pénale (26) (ce qui permet la réduction de clause contractuelle). Or, la doctrine peine à trouver l'obligation inexécutée, puisqu'elle estime que l'indemnité est due à la suite de l'exercice du droit de résiliation unilatérale (27). Considérer l'indemnité de licenciement comme la réparation de l'inexécution de l'obligation de stabilité portée par le CDI permet de contourner cette difficulté, la qualification de clause pénale est ainsi rattachée à l'inexécution d'une obligation, certes implicite (28). Ce faisant, se trouve justifié le fait que l'indemnité contractuelle écarte l'application de l'indemnité légale, puisque l'une et l'autre de ces indemnités ont un objet et une cause similaires (29).

Toutefois, l'analyse se heurte à la règle du cumul de l'indemnité de licenciement et des sommes dues en exécution de la clause de garantie d'emploi (30). Un tel cumul implique que les deux versements aient des causes différentes. Comprendre l'indemnité de licenciement comme le non-respect de l'obligation implicite de maintien de l'emploi ne remplit pas cette condition (31).

Aucune solution n'est, finalement, pleinement satisfaisante. Reste que toutes les interrogations sur la nature juridique de l'indemnité de licenciement reposent sur le postulat qu'il faut comprendre le droit du travail comme un droit de la relation de travail, et que, partant, les catégories d'analyse doivent être cherchées et trouvées dans le contrat ou la responsabilité. Mais une tendance plus récente, dont il faut bien, malgré nos réticences, constater la progression, tend à faire du droit du travail un droit du marché du travail, c'est-à-dire un droit qui tend à réguler l'entrée et la sortie du marché du travail (32).

Dans cette perspective, l'indemnité de licenciement est le prix à payer pour licencier. Autrement dit, elle constitue bien la « *contrepartie du droit de résiliation unilatérale* » selon la formule de la deuxième Chambre civile (33). L'indemnité de licenciement peut alors être aisément considérée comme une incitation à ne pas licencier. La question de la nature s'efface alors derrière celle de son montant. Il faut déterminer un niveau qui oblige véritablement l'employeur à réfléchir à son choix de se séparer d'un salarié dont le motif de licenciement est valable. La faiblesse de l'indemnité, aujourd'hui, ne permet pas à un tel retour réflexif de l'employeur sur sa décision et une prise en compte de ses conséquences. À suivre cette piste jusqu'à son terme, il faudrait même moduler l'indemnité de licenciement en fonction des perspectives du salarié de retrouver un emploi.

Les derniers développements législatifs n'invitent cependant guère à la suivre. Effectivement, l'accent y est mis non pas sur le frein au licenciement que constituerait l'indemnité de licenciement, mais sur le frein à l'embauche qu'elle serait. Cette idéologie (34), appuyée sur une représentation singulière et étriquée du marché du travail (35), cherche à faire accroire que, pour faire baisser le chômage, il faut faciliter la perte d'emploi. Aussi paradoxale soit-elle, une telle idéologie progresse et irrigue les règles relatives à la sanction de la perte d'emploi injustifiée.

(25) Sur ces difficultés, voir D. Mazeaud, « Les clauses pénales en droit du travail », Dr. Soc. 1994. 343 ; J. Mouly, obs. sous Cass. Soc. 5 mars 2014, Dr. Soc. 2014. 481.

(26) Cass. Soc. 18 déc. 1979, Bull. civ. V, n° 1009.

(27) D. Mazeaud, obs. préc. ; J. Mouly, obs. préc.

(28) Cette interprétation peut s'autoriser de surcroît de certaines formules utilisées dans les arrêts de la Chambre sociale, tel que cet arrêt non publié du 13 décembre 2007, n° 06-44935, qui voit dans l'indemnité contractuelle « la réparation forfaitaire d'un préjudice résultant de la cessation de l'exécution du contrat » (et non de la perte d'emploi ou du licenciement).

(29) Rapp. Cass. Soc. 13 déc. 2007, préc. (refus de cumul d'une indemnité contractuelle et d'une indemnité conventionnelle).

(30) Cass. Soc. 4 mars 2008, préc.

(31) Cette difficulté se prolonge dans un arrêt, non publié, du 26 septembre 2012, n° 11-20194. Cette décision admet un cumul de l'indemnité contractuelle de rupture et de l'indemnité contractuelle de garantie d'emploi, et laisse donc penser

que l'indemnité contractuelle de licenciement et la clause de garantie d'emploi n'ont pas le même objet.

(32) V. T. Sachs, « Vers un droit du marché du travail », Sem. Soc. Lamy, n° 1569, 2013 ; G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, « Les logiques de responsabilisation à l'œuvre dans les évolutions récentes du droit social français », Dr. Ouvr. 2014. 784.

(33) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 oct. 2007, D. 2008. 582, art. J. Mouly, « À propos de la nature de l'indemnité de licenciement ». Il s'agissait d'un contentieux opposant l'auteur d'un accident de la circulation et sa victime qui, inapte, a été licenciée, la formule permettant d'exclure que l'indemnité de licenciement soit la réparation du préjudice lié à la perte d'emploi, préjudice réparé par l'assureur de l'auteur au titre de la perte de gains professionnels.

(34) Pour laquelle manque, du reste, une étude sociologique des canaux de sa diffusion.

(35) *L'évaluation du droit du travail - Problèmes et méthodes*, Convention Dares, dir. A. Lyon-Caen, pp. 16 et s., reprenant les analyses d'O. Favereau.

## II. Sanction d'une perte d'emploi injustifiée

La sanction infligée à l'employeur lorsque le salarié perd, sans justification, son emploi présente deux faces : l'une est rétributive, l'autre punitive. L'un et l'autre de ces aspects connaissent des mutations importantes. En effet, la réparation du préjudice subi en cas de perte d'emploi injustifiée, après avoir été un angle mort du droit du travail, voit sa réglementation se densifier : la réparation est de plus en plus encadrée (A). Le caractère punitif, lui, s'accuse : la peine privée est au cœur d'une partie des règles concernant l'indemnisation de la perte d'emploi illégale ou illicite (B).

### A. L'encadrement de la réparation

Montant et objet de l'indemnisation du licenciement injustifié sont longtemps restés des parents pauvres de la législation (36). Jusque récemment, seul l'article L. 1235-3 du Code du travail venait réglementer la matière. Cet article, dont on a souvent oublié la littéralité, évoque d'abord la réintégration du salarié (37), puis indique qu'en cas de refus, le juge « octroie une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des 6 derniers mois ». L'article laisse donc entendre que la réparation du préjudice doit équivaloir aux dommages causés par l'absence de réintégration. Le *criterium* ultime de l'évaluation est donc la perte générée (*lucrum cessans*, *damnum emergens* et perte de chance) par le départ de l'entreprise. En revanche, pour les salariés qui ne relèvent pas de l'article L. 1235-3 – ceux qui ont moins de deux ans d'ancienneté ou font partie d'entreprises de moins de 11 salariés – ils peuvent, en cas de « licenciement abusif », obtenir réparation du préjudice subi (L. 1235-5). Cependant la distinction entre les deux articles n'a pas été exploitée, et, en dépit de la suggestion des textes, les juges n'ont pas forgé deux manières de concevoir et calculer le préjudice subi. Il est acquis aujourd'hui que le licenciement injustifié, quel que soit le cas de figure, donne lieu à réparation du préjudice subi, et ce sans précision particulière sur la manière de l'évaluer. Cette indifférence à l'égard des règles de détermination du préjudice s'enracine dans une jurisprudence constante de la Cour de

cassation, abandonnant l'évaluation des dommages-intérêts aux juges du fond tant dans leur montant que dans leur objet (38). Cette absence de contrôle peut conduire à un certain relâchement et à une grande diversité des décisions de juges du fond sur la justification du préjudice, ce d'autant que les plaideurs ne développent pas toujours une argumentation particulière sur ce terrain.

Une évolution semble toutefois prévisible, sous la pression de différents facteurs. Cette évolution porte sur la motivation, plus précisément sur une explicitation de l'indemnisation (1.), et sur le montant de l'indemnité (2.).

#### 1. L'explicitation de l'indemnisation.

Une plus grande motivation des décisions des juges du fond a été imposée par la loi du 14 juin 2013, qui a introduit un 4<sup>ème</sup> alinéa à l'article L. 1235-1 du Code du travail. Cet alinéa dispose que le juge « justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie ». Pour l'heure, cette disposition n'a pas modifié l'appréhension de la réparation du préjudice. Mais elle pourrait servir de point d'appui à la critique de jugements insuffisamment motivés. L'évaluation du montant relèverait toujours du pouvoir souverain des juges du fond, mais la manière de parvenir à ce montant devrait être soumise à un contrôle de la Cour de cassation. L'introduction de cette disposition devrait également conduire à davantage spécifier ce que couvre l'indemnité de licenciement et ce qui peut être couvert par les indemnités réparant des préjudices distincts.

Cette évolution de la motivation est rendue d'autant plus nécessaire que se précise, dans la jurisprudence, l'articulation entre la réparation des risques professionnels et la réparation résultant de la perte de l'emploi. D'un arrêt du 17 mai 2006 (39), il ressort que le salarié, accidenté du travail, peut agir devant la juridiction prud'homale pour demander la réparation du préjudice né de la rupture du contrat de travail (40). En revanche, il ne saurait invoquer les

(36) Le diagnostic est différent pour l'indemnisation du licenciement nul en raison de l'activité jurisprudentielle importante de spécification des conséquences d'un tel licenciement. V. ci-dessous.

(37) La réintégration ne peut être que proposée, même dans les cas les plus injustes. V. pour une tentative des juges du fond cassé par la Cour de cassation d'imposer la réintégration d'un salariée de 59 ans licenciée par un management dont les dysfonctionnements ont été dénoncés (et corrigés) par un audit postérieur au licenciement : Cass. Soc. 28 oct. 2014, n° 13-10.207.

(38) V. par exemple Cass. Soc. 13 mars 2001, Bull. civ. V, n° 85.

(39) Bull. civ. V., n° 176, Dr. Ouvr. 2006. 505, n. Y. Saint-Jours.

(40) Confirmé notamment dans un arrêt plus récent : Cass. Soc. 29 mai 2013, n° 11-20.074, « si la juridiction prud'homale est seule compétente pour connaître d'un litige relatif à l'indemnisation d'un préjudice consécutif à la rupture du contrat de travail, relève, en revanche, de la compétence exclusive du tribunal des affaires de Sécurité sociale l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité »



préjudices liés à l'incidence professionnelle de la faute de l'employeur, préjudices déjà réparés par l'allocation de la rente ou du capital majoré. Le propos, ici, n'est pas d'entrer dans les méandres de cette jurisprudence (41), mais simplement d'en souligner les effets potentiels sur la motivation de l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement injustifié. En effet, si, dans un premier temps, la Cour de cassation a laissé une grande latitude aux juges du fond sur cette motivation (42), elle pourrait à l'avenir les astreindre à une plus grande rigueur, afin d'éviter qu'un même préjudice ne soit pris en compte deux fois.

## 2. L'encadrement du montant de l'indemnisation.

La première velléité d'encadrement législatif du montant de l'indemnisation des licenciements injustifiés date de la loi du 14 juin 2013. Celle-ci a prévu que les parties peuvent mettre fin au litige devant le bureau de conciliation par un accord comprenant une indemnité dont le montant est fixé « en référence » à un barème d'indemnités (C. trav., art. L. 1235-1, al. 1). La disposition, peu goûtée par les Conseils de prud'hommes, ne saurait se comprendre comme imposant un montant fixe d'indemnisation, car ce serait nuire, voire empêcher, la conciliation que d'interdire toute variation sur le montant de l'indemnité. Il faut donc comprendre le texte comme invitant les juges prud'homaux à proposer une conciliation en se positionnant par rapport au barème proposé. Il n'est pas sûr qu'une telle liberté ait été l'objectif des signataires de l'ANI du 11 janvier 2013 à l'origine de cette innovation, mais elle respecte l'esprit du législateur (43). Bien que les parties ne semblent pas tenues de suivre ce barème (44), il n'en reste pas moins que ce dernier s'inscrit bien dans une volonté de connaître ou d'évaluer par avance le montant des indemnités.

Ce sillon est creusé encore plus profondément par le soc du projet de loi pour la croissance et l'activité, dit projet *Macron* (44 bis). Le projet prévoit pas moins de deux règles d'encadrement de l'indemnisation, l'une intervenant dans la détermination de celle-ci, l'autre lui imposant des plafonds.

Le montant des dommages-intérêts pour licenciement injustifié serait fixé, sur demande des parties, par « application », d'un référentiel établi par décret (45). Le référentiel pourrait, en l'absence de demande conjointe des parties, être pris en considération par le juge dans la fixation du montant des indemnités (46). Le référentiel serait construit en tenant compte « de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi ». L'existence de critères indicatifs pour la fixation des dommages-intérêts en cas de licenciement injustifié n'est pas nouvelle. Elle était déjà posée à l'article 23, alinéa 6 du livre I<sup>er</sup> du Code du travail, qui obligeait le juge à tenir compte des « usages, de la nature des services rendus, de l'ancienneté, de l'âge de l'ouvrier et, en général de toutes circonstances de nature à influencer sur l'étendue du préjudice subi ». La comparaison de ces deux listes rend visible un glissement déjà évoqué. Alors que l'article 23 a pour épicerie la contribution du salarié à l'entreprise et, ce faisant, prenait en compte le caractère abusif du licenciement, le projet *Macron* paraît bien davantage mettre l'accent sur l'inemployabilité du salarié. On voit ici aussi poindre un signe, celui du passage d'un droit du travail à un droit du marché du travail, dans lequel les règles sont conçues en fonction de la circulation des salariés sur le marché et non en fonction des rapports avec l'employeur. La comparaison entre les deux dispositions fait aussi ressortir la méfiance du législateur actuel à l'égard du juge. L'ancien code s'en remettait aux magistrats et aux conseillers pour fixer, en se fondant sur un faisceau d'indices laissé à

(41) Voir notamment Cass. Ch. Mixte, 9 janv. 2015, n° 13-12.310, RDT 2015. 345, n. J. Morin. Arrêt de revirement par rapport à Cass. Soc. 26 oct. 2011, n° 10-20.991, Bull. civ. V, n° 24 ; v. *infra* M. Keim-Bagot.

(42) Cass. Soc. 26 janv. 2011, n° 09-41.342 (non publié) : « les juges du fond apprécient souverainement les éléments à prendre en compte pour fixer le montant de cette indemnisation à laquelle ne fait pas obstacle la réparation spécifique afférente à l'accident du travail ayant pour origine la faute inexcusable de l'employeur par la décision du tribunal des affaires de Sécurité sociale qui n'a pas le même objet ».

(43) J.-P. Germain, Rapp. AN n° 847, 27 mars 2013, p. 390, cité par A. Bugada, « Conciliation(s), prescription(s) et plus encore... », JCP S n° 28, 9 juill. 2013, 1290, n° 7.

(44) Le salarié n'y a au demeurant guère intérêt. En effet, il ressort d'une étude de la Chancellerie de mai 2015 portant sur les arrêts de Cour d'appel du mois d'octobre 2014 que « l'indemnité moyenne effectivement allouée en appel est toujours plus élevée que celle qui ressort de l'application du barème » (p.11).

(44 bis) Nous nous fonderons sur le texte du 16 juin 2015 issu de la deuxième lecture à l'Assemblée nationale, et sur lequel le gouvernement a engagé sa responsabilité.

(45) Dont la nature n'est pas bien déterminée. V. D. Boulmier, « Le volet prud'homal du projet de loi Macron : en « coup de force » mais sans « coup de jeune » », Dr. Soc. 2015. 430, qui n'y voit ni un accord de conciliation, ni un accord transactionnel.

(46) Art. L. 1235-1, al. 5 à 7 nouveau : « Le juge peut prendre en compte un référentiel indicatif établi, après avis du Conseil supérieur de la prud'homie, selon les modalités prévues par décret en Conseil d'État. Ce référentiel fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles. Si les parties en font conjointement la demande, l'indemnité est fixée par la seule application de ce référentiel ».

sa libre appréciation, l'indemnité de licenciement la plus adéquate. Le nouvel article L.1235-1 délègue au pouvoir réglementaire le soin d'établir un barème visant à brider totalement le pouvoir du juge.

Outre un référentiel pour la fixation de l'indemnisation, le projet de loi *Macron* a prévu, toujours dans cette perspective de construction d'un droit du marché du travail d'où le juge serait absent, des plafonds d'indemnisation pour les licenciements dénués de cause réelle et sérieuse. Les critiques contre cette disposition sont nombreuses, et il n'est pas possible de les approfondir ici (47). Qu'il nous soit permis d'indiquer que la limitation du préjudice d'une victime au profit d'un auteur qui ne respecte pas la loi constitue, sans nul doute, une forme de tolérance à la commission de l'acte fautif. Dans le cadre de cette contribution, il convient également de souligner que les plafonds ont été établis en tenant compte d'une étude de la Chancellerie sur les arrêts de Cours d'appel rendus en octobre 2014 (48). Cette étude corrèle les indemnités avec l'ancienneté. La grille établie par le projet de loi suit ce critère et lui adjoint celui de la taille de l'entreprise. Par conséquent, et même si les plafonds augmentent avec la taille de l'entreprise et l'ancienneté du salarié, les montants supérieurs, certes rares, se voient désormais exclus des prétoires (49). Il faut en inférer, notamment, que ne seront plus aussi bien indemnisés les salariés ayant une très grande ancienneté dans les très grandes entreprises. En forçant le trait, il ressort même que les premiers bénéficiaires du plafonnement devraient être les grandes entreprises qui procèdent au licenciement, sans cause réelle et sérieuse, de leurs seniors (50). Plus généralement, on sait que les indemnités les plus élevées sont octroyées à des salariés pour lesquels le licenciement a eu les plus graves conséquences, sachant que la santé financière et le comportement de l'employeur constituent des facteurs amplifiant de l'indemnisation. Aussi peut-on se demander si la loi respecte encore les droits et libertés garantis par la Constitution. Certes, le principe de la réparation intégrale

du préjudice n'a pas valeur constitutionnelle. Mais le législateur ne peut le restreindre ou y apporter des exceptions que s'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée au droit des victimes (51). Parce qu'elle ne prévoit aucune possibilité pour le juge de s'écarter du plafond en cas de circonstances particulières, la loi, si elle était votée en l'état, pourrait donc être considérée comme contraire à la Constitution.

En somme, la fonction rétributive de l'indemnisation paraît vaciller sous le souffle des réformes annoncées. La fonction punitive de l'indemnisation n'échappe pas à ces turbulences.

## B. La peine privée

La peine privée, selon l'expression reprise et diffusée par S. Carval (52), est une sanction infligée au débiteur, indépendamment du préjudice réellement subi par la victime et dont le produit revient à cette dernière. La peine privée revêt à la fois une dimension sanctionnatrice et une dimension dissuasive, en plus de la fonction réparatrice de l'indemnisation, qui n'est normalement pas affectée. Dans le droit du licenciement, elle prend notamment la forme d'un plancher d'indemnisation (53).

Une somme représentant le salaire des 6 derniers mois est attribuée de plein droit, indépendamment du préjudice subi, à tout licenciement injustifié d'un salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté dans les entreprises de plus de 11 salariés. Ce plancher constitue, sans nul doute, une peine privée, car il n'a pas pour seul objet de réparer le préjudice subi (54). Il vise également à sanctionner l'auteur de l'acte fautif. Le projet de loi *Macron* abaisse – voire supprime – ces planchers à 2 ou 4 mois dans de nombreuses hypothèses. C'est ainsi le caractère dissuasif et punitif de l'indemnisation qui s'estompe. Il devient moins risqué pour un employeur de procéder à un licenciement dénué de cause réelle et sérieuse. Mais la sanction automatique que constitue le plancher d'indemnisation n'a pas simplement une fonction comminatoire. Il s'agit également de protéger le

(47) Voir le très bon *Décryptage*, du Syndicat des Avocats de France, par D. Van der Vlist, disponible sur le site du syndicat.

(48) Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, 11 juin 2015, discussion sur l'article 87B. voir également *Le Monde*, 17 juin 2015 (édition en ligne).

(49) Il s'agit, selon la formule euphémisée du ministre, « d'éviter la dispersion » (au sens statistique). V. l'intervention du ministre durant les débats devant la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, 11 juin 2015.

(50) Pour d'autres illustrations, voir *Décryptage*, préc.

(51) Cons. Const. Déc. 2010-8 QPC, 18 juin 2010.

(52) S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1998.

(53) On pourrait rapprocher de cette fonction punitive d'indemnisation le calcul du préjudice subi en cas de réintégration pour les salariés dont le licenciement constitue une violation d'un droit constitutionnellement protégé (Cass. Soc. 2 févr. 2006, Bull. civ. V, n° 53, Dr. Ouvr. 2006. 540, n. J.-L. Borie ; Cass. Soc. 10 oct. 2006, Bull. civ. V, n° 297 ; Cass. Soc. 2 juin 2010, n° 08-43.277, Dr. Ouvr. 2010. 608, n. J. Guyon ; Cass. Soc. 11 juill. 2012, Bull. civ. V, n° 218) et l'indemnité d'éviction attribuée aux salariés bénéficiant d'une protection législative spéciale contre le licenciement.

(54) M. Keller, préc., p. 271, et les auteurs cités. La qualification, très proche, d'amende civile a également été proposée.

salarié contre les indemnités trop faibles, ne permettant pas de couvrir le préjudice moyen consécutif à la faute de l'employeur. Aussi convient-il de rappeler que le plancher de 6 mois a été introduit en 1973, à une époque où le chômage touchait 300 à 400 000 personnes. Aujourd'hui, il y a 10 fois plus de chômeurs, dont la durée moyenne d'inscription est de 530 jours, soit 18 mois. Le maintien – voire l'abaissement de cette indemnité minimale, comme le prévoit le projet de loi *Macron* – ne permet plus de s'assurer que la réparation octroyée au salarié atteint un niveau qui n'est pas trop éloigné du préjudice qu'il risque très probablement de subir. Fidèle à l'idéologie qui l'anime, le projet *Macron* atténue la portée symbolique et pratique de la prévision de planchers d'indemnisation en cas de licenciement illégal. C'est le droit à l'emploi, ce faisant, qui se voit entamé.

La règle introduite par le projet *Macron* n'affecte pas uniquement le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les licenciements nuls sont également atteints. Rappelons qu'une somme minimale représentant les 6 derniers mois de salaires est octroyée, au titre de la rupture, pour tous les licenciements nuls, dès lors que la réintégration n'est pas demandée. Cette règle, aujourd'hui générale, a sa source dans certaines dispositions législatives (v. par exemple, l'article L. 1134-4 du Code du travail) et dans une ligne jurisprudentielle constante (55). Cette indemnité est portée à 12 mois dans certains cas : licenciement nul d'un salarié de plus de 2 ans d'ancienneté en raison de l'absence ou de l'annulation de la décision administrative pour insuffisance ou absence du PSE (56), ou encore licenciement d'un salarié dont le contrat est suspendu en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (57).

Contrairement aux affirmations du ministre de l'Économie (58), les indemnités-planchers en cas de licenciement nul ne sortent pas indemnes de la modification de l'article L. 1235-3 par le projet de loi. Si les plafonds sont bien écartés pour les licenciements nuls par l'article L. 1235-3-2, alinéa 1, les planchers ne sont repris expressément que dans la mesure prévue par l'alinéa 2, c'est-à-dire uniquement dans le cadre du licenciement pour motif économique. Par conséquent, dans tous les cas où le plancher n'a pas été fixé par une disposition légis-

lative spéciale, le montant du plancher d'indemnisation des licenciements nuls risque de varier dans la mesure des planchers prévus pour les licenciements injustifiés. En effet, la jurisprudence a forgé la règle fixant un plancher minimum d'indemnisation égal au salaire des 6 derniers mois pour les licenciements nuls, en se référant à l'article L. 1235-3 qui prévoit ce montant en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Forte serait alors la portée symbolique d'une telle modification jurisprudentielle, qui conduirait à ne plus apporter de sanctions dissuasives et lourdes à la violation des règles et droits fondamentaux (59). L'insistance du législateur et du ministre sur l'absence d'impact de la réforme sur les nullités du licenciement pourrait toutefois conduire la jurisprudence à garder le cap d'une indemnité minimale fixée à 6 mois, en dépit des vicissitudes législatives touchant le plancher applicable au licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation pourrait, en effet, être attachée à l'effectivité de la peine privée que constitue le plancher dit des 6 mois.

À l'issue de ce panorama, force est d'observer la diversité des usages et fonctions des indemnités liées au licenciement. Celles-ci ne visent pas uniquement à réparer la perte d'emploi. Elles font aussi partie des éléments qui tendent à assurer une certaine stabilité de l'emploi et à réprimer les ruptures illégales ou injustifiées. Elles forment la contrepartie de la prérogative patronale encadrée de résiliation unilatérale. Mais il convient de ne pas oublier que les indemnités constituent aussi la contrepartie de l'absence de réintégration. Il faut alors espérer que la remise en cause actuelle des fonctions de réparation et de sanction charriera avec une nouvelle et plus large emprise de la remise en état.

**Cyril Wolmark**

(55) Pour les salariés ordinaires, Cass. Soc., 27 juin 2000, n° 98-43.439, Bull. civ. V, n° 250. Pour les salariés protégés, voir Cass. Soc. 12 juin 2001, n° 99-41.695, Bull. civ. V, n° 219.

(56) Art. L. 1235-11 du Code du travail.

(57) Art. L.1226-15 du Code du travail.

(58) Voir les débats devant la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, 11 juin 2015.

(59) Il n'est pas, du reste, certain que l'absence de plancher soit conforme aux règles de l'Union européenne concernant les discriminations et l'égalité homme/femme, certaines exigeant des sanctions dissuasives.